




21世纪

法学系列教材配套辅导用书

# 商法练习题集

(第四版)

主编 林 嘉



中国人民大学出版社

21 世纪法学系列教材配套辅导用书

# 商法练习题集

(第四版)

主 编 林 嘉

撰稿人 (以撰稿先后为序)

戴 晨 余辉庆 陈 闯

钱 源 李 哲 魏 丽

张 敏 李俊杰 陈文涛

王 琦

中国人民大学出版社

· 北京 ·

## 图书在版编目 (CIP) 数据

商法练习题集/林嘉主编. —4 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2017. 3

21 世纪法学系列教材配套辅导用书

ISBN 978-7-300-23992-7

I. ①商… II. ①林… III. ①商法-中国-高等学校-习题集 IV. ①D923.99-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 021575 号

21 世纪法学系列教材配套辅导用书

商法练习题集 (第四版)

主编 林 嘉

Shangfa Lianxitiji

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京七色印务有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

印 张 24

字 数 686 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2006 年 5 月第 1 版

2017 年 3 月第 4 版

印 次 2017 年 3 月第 1 次印刷

定 价 42.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

## 编写说明

面对高等法学教育中的种种现象，我们感到困惑，也产生了很多的忧虑：十年前的时候，法学专业是所谓的“热门专业”之一，现在的热门专业排行榜早已不见了“法学”的踪影；法学本来是很“专业”的专业，但在日前法学专业毕业的学生求职的时候，很多用人单位感觉法学学生似乎最没有专业；很多学生学了四年的法学专业，知道了很多法律上的专业名词，在被问到一个个案子如何处理的时候，可以侃侃而谈、头头是道，满口专业词汇，甚至德国如何规定、美国有某个新鲜的理论，但是就是不知道中国怎么规定，这个发生在中国的案子究竟该如何解决；等等。这种现象似乎可以称为“专业教育的非专业化”。2005年贺卫方教授在网上宣布停止招收研究生，就是针对现在考研过于注重公共课程、不注重学生对于专业的喜好这种现象而进行的挑战。法学教育中出现的这些现象，可能与整个大的教育背景有关。很多文科的学生进入大学后，“一半时间在学外语，一半时间在游戏”。因为文科的期末考试都比较简单，学生混个学分顺利毕业是不成问题的，很多学生对专业的学习都是考试前一个月甚至一个星期前死记硬背对付考试，所以有人戏称，有些文科学生大学四年实际上是学了八个月甚至更少。我们在抨击应试教育而强调素质教育的时候，却把专业教育给“晾”了。这种“不专”的现象，已经引起了很多法学教育工作者和从业者的忧虑和不安，长此以往，不仅对我们的法学专业学生会造成不利影响，极而言之，可能对我国的法学教育造成戕害。因此，我们建议，法科的学生还是应该学好专业，把这个专业性很强的专业修炼成自己的看家本领，从而能够以专业而谋得生存、谋得尊重。

大学生也做练习？可能有人尤其是一些文科的学生会带着嘲讽的口吻反问。理工科的大学生在学的过程中做练习、做实验，都是很平常的事情，但是在文科的学校、院系，做练习似乎成了稀奇的事情，有的大学生也因此感到了大学与中学的“根本不同”。但是，我们专门为法学专业的学生组织编写了这套“练习题集”，就是主张法学学生在平时学习的时候也应当同步进行练习自测。这个设想就是基于以上的疑惑和忧虑而来的。我们希望，通过同步练习，帮助和促使同学们切实地掌握本学科的知识，熟悉我国现行法的规定，并对一些学术前沿问题有所了解。说得大一点，我们要为法学教育的“专业教育”作出一点努力。

具体来说，这套书希望达到以下目的：

1. 帮助学生系统掌握本学科知识。修完一门课程，并不是拿到学分了事，要真正掌握本学科的一些“门道”，至少要完成入门的工夫吧。这套“练习题集”设计了“知识逻辑图”栏目，详细勾画了一章内容不同知识点之间的逻辑关系。设计了各种题型的自测题，突出了重点，提供了详细精辟的答案分析，不仅可以开阔学生的眼界，帮助同学们了解不同类型考题的不同形态，掌握其解题方法，而且可以培养和增强学生的适应能力。除了每章的自测题外，全书还专门设计了三套综合测试题，同学们可以在学完本门课程后自



已测验一下学习的效果。

2. 帮助学生通过国家司法考试。法学专业的学生系统学习四年过后，通过国家司法考试应当是顺理成章和轻而易举的事情，事实上，情况不是这样，只能表明某些同学平时的专业学习还浮在表面。这套“练习题集”从历年国家司法考试（律师资格考试）的试题中精选了部分经典的试题，帮助学生了解司法考试的难度、角度和形式，并进行有针对性的学习和复习。

3. 帮助学生准备考研。一方面从一些法学名校（如中国人民大学、北京大学、中国政法大学等）历年考研试题中精选了部分试题，另外，这套书专门设计了一个“论述题与深度思考题”栏目，以拓展学生学术视野，对考研的同学掌握论述题的答题方法和技巧亦有较大帮助。

我们的思路可归纳为：通过似乎回到“应试教育”模式、进行同步练习这样一种“俗”的方式，来达到我们强化“专业教育”的大而不俗的目的。

这套“练习题集”一共包括 14 本，对应着 14 门法学核心课程，是“21 世纪法学系列教材”的配套辅导用书。不得不提的是，“21 世纪法学系列教材”自 2000 年出版以来，被全国众多法律院校师生选用，有的教材比如王利明教授的《民法》印销数量已经达到了 30 万册之巨，14 门核心课的教材平均印销量也在 10 万册以上。10 万册书背后就是 10 万位甚至更多的读者。这么多读者的厚爱与支持，让我们感到责任重大。我们唯有不断提高服务来作为回报！“21 世纪法学系列教材”目前已经有了核心课教材、核心课教学参考书、选修课教材、案例分析教材、双语教材等多个子系列，共 80 余种，现在又增加了这套“练习题集”。这么多品种，目的就是一个：让使用我们教材的老师、同学有更多的选择，能够满足老师、同学们更多的需求。我们希望，这套大型的“21 世纪法学系列教材”能够不断补充、完善，让使用这套教材的老师、同学们满意，也为我们国家的法学“专业教育”作出自己应有的努力！

编者

2006 年 2 月

## 第四版修订说明

《商法练习题集》(第三版)出版以来,立法机关先后对《公司法》《证券法》《保险法》等商事法律进行了一系列修改,尤其是2013年《公司法》修改后,将原先采用的注册资本实缴制改为注册资本认缴登记制,取消了首次缴纳数额及分期缴纳期限的限制,并且废除了原《公司法》第29条所规定的验资制度。为使本书练习题的内容与时俱进,我们结合相关法律条文变化,结合近几年司法考试真题和考研试题,对有关章节作了相应修订。具体如下:

第一编 商法总论。主要对第二章“商主体”部分补充了司法考试和考研试题中有关合伙的题目。

第二编 公司法。因为2013年公司资本制度改革,相关法律条文变化较大,尤其是2013年《公司法》删去原《公司法》第29条,导致条文序号发生变化。本次修订对第二编中涉及公司资本制度的题目做了删改,并调整了答案解析中相关法律条文的序号,补充了司法考试真题。

第三编 证券法。《证券法》分别于2013年、2014年进行了部分修改,本次修订按照修改后的法律条文对相关习题进行删改,并补充了司法考试和考研真题。

第四编 票据法。《票据法》并未进行修改,因而本次修订主要是补充了司法考试真题。

第五编 保险法。《保险法》于2014年、2015年进行了部分修改,但主要是针对保险业法的部分条文,并不涉及本书中的相应内容,因而本次修订主要是补充了司法考试真题。

第六编 破产法。《企业破产法》并未进行修改,因而本次修订主要是补充了司法考试真题。

综合测试题(一)(二)(三)。本次修订主要结合相关法律条文变动修改了部分试题及其答案。

此外,全书所有涉及《公司法》条文变动的部分均进行了修改,包括题目、答案及每章前的“知识逻辑图”。

对于本次修订,尽管我们竭尽全力,但由于时间和水平所限,不足之处在所难免。敬请广大读者不吝指正,以臻完善。

编者

2017年2月

# 目 录

<b>第一编 商法总论</b> .....	(1)
第一章 商法概述 .....	(3)
第二章 商主体 .....	(10)
第三章 商行为 .....	(34)
第四章 商事登记 .....	(40)
第五章 商业名称 .....	(46)
第六章 商事账簿 .....	(53)
<b>第二编 公司法</b> .....	(57)
第七章 公司概述 .....	(59)
第八章 公司设立 .....	(71)
第九章 公司治理 .....	(92)
第十章 公司变更、终止 .....	(123)
<b>第三编 证券法</b> .....	(139)
第十一章 证券与证券法 .....	(141)
第十二章 证券主体制度 .....	(148)
第十三章 证券发行制度 .....	(154)
第十四章 证券交易制度 .....	(166)
第十五章 上市公司收购 .....	(178)
第十六章 证券监管制度 .....	(186)
<b>第四编 票据法</b> .....	(191)
第十七章 票据法概述 .....	(193)
第十八章 汇票 .....	(209)
第十九章 支票和本票 .....	(228)
<b>第五编 保险法</b> .....	(239)
第二十章 保险法概述 .....	(241)



第二十一章 保险合同总论 .....	(252)
第二十二章 保险合同分论 .....	(266)
第二十三章 保险业法 .....	(282)
<b>第六编 破产法</b> .....	<b>(289)</b>
第二十四章 破产法概述 .....	(291)
第二十五章 破产程序法 .....	(300)
第二十六章 破产实体法 .....	(319)
综合测试题（一） .....	(339)
综合测试题（二） .....	(351)
综合测试题（三） .....	(361)
参考书目 .....	(372)



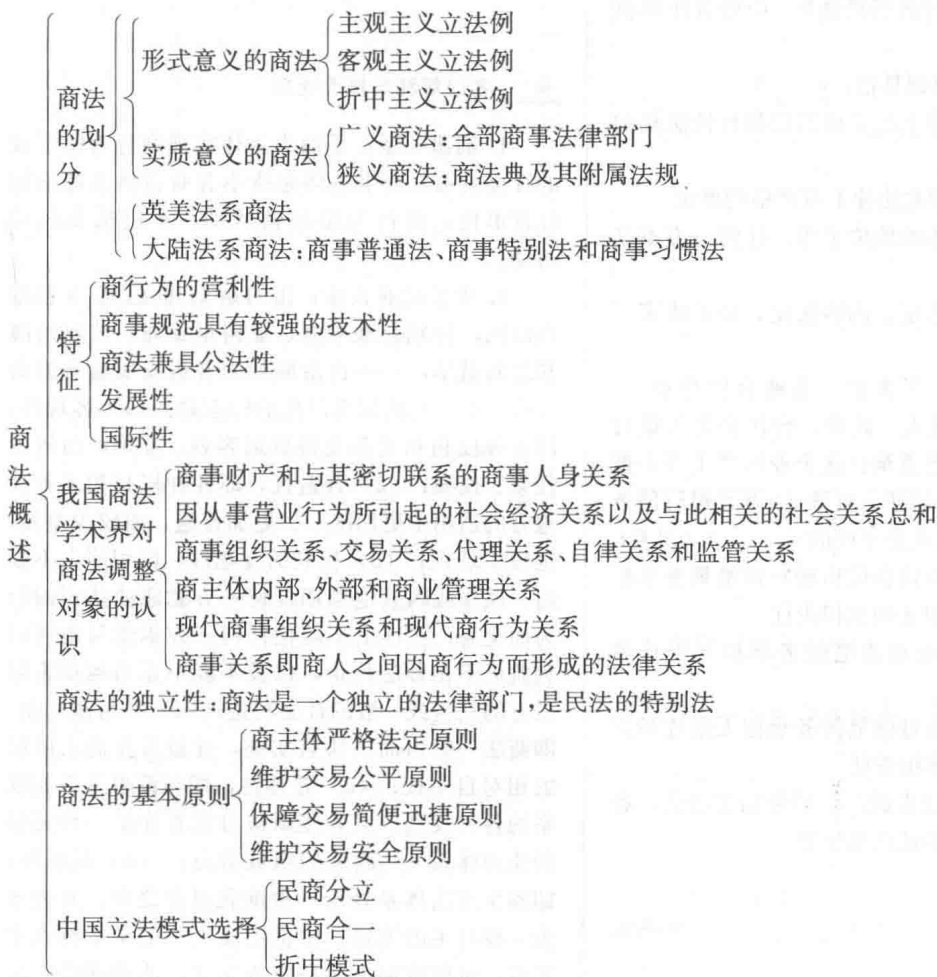
# 第一编 商法总论



# 第一章 商法概述



## 知识逻辑图



## 名词解释与概念比较

1. 商事关系
2. 中世纪商人法 (考研)
3. 外观规则
4. 形式的商法与实质的商法



## 选择题

### 单项选择题

1. 在外国商法中,采用商人和商行为折中主义原则的国家有:( )。  
A. 美国、英国      B. 德国、法国



C. 日本 D. 瑞士

2. 改革开放以来我国商事立法中相继出台了多部法律，可以归入商法范畴的有：（ ）。

- A. 《合同法》《企业破产法》《民事诉讼法》
- B. 《公司法》《票据法》《保险法》《合伙企业法》
- C. 《个人独资企业法》《信托法》《证券法》《商业银行法》
- D. 《劳动法》《行政诉讼法》《中外合作经营企业法》

3. 商主体法定原则是指：（ ）。

- A. 商主体在法律上的资格不以强行性法规加以规定
- B. 商主体的类型在法律上有严格的界定
- C. 商事交易主体的地位平等，任何一方不享有特权
- D. 商主体类型法定、内容法定、公示法定三个方面

4. 甲、乙、丙、丁成立一普通合伙企业，1年后甲转为有限合伙人。此前，合伙企业欠银行债务30万元，该债务直至合伙企业因严重资不抵债被宣告破产时仍未偿还。对该30万元银行债务的偿还，下列哪一选项是正确的？（ ）（司考）

- A. 乙、丙、丁应按合伙份额对该笔债务承担清偿责任，甲无须承担责任
- B. 各合伙人均应对该笔债务承担无限连带责任
- C. 乙、丙、丁应对该笔债务承担无限连带责任，甲无须承担责任
- D. 合伙企业已宣告破产，债务归于消灭，各合伙人无须偿还该笔债务



### 简答题

1. 简述商法的调整对象。
2. 请简述商法和民法的区别。（考研）
3. 商法的公法性的含义。
4. 请评价商法与经济法的关系。
5. 简述商事交易便捷原则在我国商事立法中的体现。（考研）



### 论述题与深度思考题

论商法的独立性（论民商分立与民商合一）。（考研、考博）

## 参考答案



### 名词解释与概念比较

1. 商事关系：是商事主体实现商行为所形成的社会关系。商事主体是指不含有自然人特征的经营单位，商行为是经营活动，不包括非经营活动。

2. 中世纪商人法：指的是11世纪至16世纪在欧洲，特别是地中海、亚得里亚海、波罗的海和北海沿岸，一些自治城邦中普遍发展起来的商人法。中世纪商法部门化的标志是：（1）客观性，即各种权利和义务变得更加客观、准确，而较少任意、模糊；（2）普遍性，即各种权利和义务在地方的适用中更加统一、更加普遍，而较少差异，也较少歧视；（3）权利的互惠性，即程序上不强迫、欺诈或因其他滥用任何一方意愿或认识的行为而交易，实体上不能使任何一方承受与他所得利益极不相称的代价，以及不能不正当地损害第三方的利益或一般的社会利益；（4）参与裁判制，即商法一般由商人法官实施，并被看作商人阶层的相对自主权；（5）整体性，即与商事关系相联系的各种权利、义务逐渐被自觉看作是一种完整的法律体系——商法的组成部分；（6）发展性，即整个商法体系处于一种演化过程之中，并表现为一种自主的发展。中世纪商人法的基本特点主要有：价值取向上坚持商人主义；法律渊源上以城市法、海商法、商业行会规约、商事法院裁判、商事习惯为主；内容上主要调整工商活动、商人资格的取得、商业合伙、商事代理、商品买卖、商业信用、商业票据、保险、商业账簿等；具有很强的地域性和非成文性；教会法仍起着一定的作用。



3. 外观规则：德国学者称外观规则为外观法理，日本学者称其为外观主义，英美法系则称其为禁反言。外观规则是指以交易当事人行为的外观为准而认定行为所生法律效果的规则，凡是能够识别为典型的权利或意思表示形式，即使该权利或者意思表示形式与真实的权利或意思状况不相符合，法律仍得通过权利或者意思的表示形式来推定权利或意思的基础，从而保护交易安全的做法。商法坚持严格外观规则，一般不刻意考虑商事主体的“真实意思”，而注重表示行为给人带来的信赖。商事普通法中的商事登记效力、表见商人、表见代理、经理人制度、公司法上越权规则、票据法上票据文义性和无因性、保险法上的保险人弃权 and 禁止反言等，将外观规则深入具体制度层面。商法扩大外观规则适用，首要目的是体现商法关注交易安全、保障交易便捷的原则。依外表事实进行的商行为具有法律效力，受到法律保护，有助于维护交易安全并提高交易效率。此外，商业强调最大诚信和商业道德，使得商人可以诚信地开展商事交易。

4. 形式的商法和实质的商法：将商法进行形式上和实质上的划分，是我国学者的普遍做法，也是被普遍认可的。形式上的商法主要是指在民商分立的国家，以商法的名义而制定、编撰的商事法典、商事规则等，强调规范的制定结构和表现形式。在这些国家，还有根据商法典或者宪法的规定所制定的各种商事单行法，被视为商法的特别法。实质上的商法是指调整商事关系的法律规范的总称，它着眼于规范的性质、构成和功能的统一。我国台湾地区著名学者刘兴善认为，实质意义上的商法，实际上是泛指以商事主体为对象，而规范其特有生活关系的全部法规，并不以冠以“商法法典”者为限，没有形式上独立的商法典，但有规范商事关系的法律。这些规范存在于宪法、民法、经济法、行政法和诉讼法中，当然最主要的还是各商事单行法。

商事法图示

形式的商事法	指民商分立国家所制定的法典，而命以“商法”之名，如法、德、日、美等的商事法
--------	---------------------------------------

续前表

实质的商事法	指以商事为其规范对象之各种法规，如瑞士、土耳其、泰国、俄罗斯以及我国民国时期的商事法。
国际商事法	A. 联合国国际贸易买卖公约、国际邮政与电话公约等 B. 船舶碰撞与海难救助统一公约及其他有关商事统一公约 C. 两国间友好通商航海公约 D. 国家间共同遵守的商事习惯法
国内商事法	商事公法——宪法、行政法、刑法、诉讼法中关于商事的规定 商事私法——民商分立国家：商法典、商事特别法、商事习惯法；民商合一国家：民法中有关商事的规定、关于商事的民事特别法、有关商事的民事习惯法
狭义的商事法	专指国内商法中的商事私法
大陆法系商法	分法国法系和德国法系
英美法系商法	分普通法、衡平法、习惯法、制定法
按时代划分	古代商法、中世纪商法、近现代商法

### 选择题

#### 单项选择题

1. C. 日本是折中主义代表。法国以商行为主义即客观主义原则为商事立法基础，德国以商人法即主观主义为基础。英美商法是现代商法中与大陆法系商法相对应的另一体系，在法源上商事习惯法、判例法与商事成文法同时并存。瑞士为首个民商合一立法的国家。

2. B. 通说认为属于商法范畴的有：公司法、破产法、合伙法、票据法、海商法、证券法、保险法。

3. D. 现代商法一般都制定了大量的强行性法规，对商主体的资格予以严格控制，形成了商主体严格法定原则，主要包括商主体类型法定、商主体内容法定和商主体公示法定三个方面。

4. B. 《合伙企业法》第84条规定：普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。因此，转为有限合伙人的甲需要对作为普通合伙人期间



合伙企业发生的债务承担无限连带责任。故 B 项正确。

### 简答题

1. 德国商法以商人为调整对象，法国商法以商行为为调整对象，英美商法立法和司法侧重于以商行为为调整对象。无论是德国、法国还是美国，从商法典的制定、颁布之初，学者们就开始对立法展开批判，使得大陆法系国家的商法不断修订。今天我们看到日本商法典的兼收并蓄、德国商法典对商人制度的重大修订和美国商法典的独特格局。

对于商法的调整对象，比较有代表性的观点有：（1）商法是由国家制定或认可的，反映统治阶级意志，并用国家强制力保证实施的，调整商品流通中经济关系行为规范的总称（徐学鹿）。（2）商法调整对象就是企业，商法是调整企业内部关系（商事组织）及对外关系（商事活动）的基本法（彭万林）。（3）商法是指调整与商业活动有关的法律规范的总称（李昌麒）。现代的商法主体、商事行为的范畴已经远远突破了传统商法的范围，传统商人是以不完全的单个个体为基础，而现代商人更是一种组织形式或机构体系，形成了现实生活中的经济权利所有人，是众多社会成员的集合体。所以商法是主要调整各类企业在一定社会中的特定的经营活动。这种由商人行为向企业行为的转变，是世界商法发展的共同趋势，有助于我们再次理解民法、商法和经济法等不同法律部门的关系。

2.

	民法	商法
主体	民事关系大多以自然人为基本主体	商事关系则以公司法人等基本主体
客体	民事关系的客体一般为特定物	现代社会化的商品生产以批量和规模的极大化为基本追求，各类商品生产普遍采用行业、国家甚至国际标准，所以商事关系的客体具有明显的种类化趋势

续前表

	民法	商法
目的性	民事关系一般以满足主体的自身消费需求为目的	商事关系则以营利为目的，具有营利性
交易形式	民事交易具有个别的和偶然的性质	商事交易表现为同种交易的大量反复进行，从而具有集团交易的特点
价值目标	民法首先选择公平，即公平至上，兼顾效益与其他	商法中最高价值取向是效益，即效益至上，兼顾公平与其他
规范的制定	民法规范具有强烈的伦理性，所制定的一般规则是对整个市民社会及其经济基础的抽象和概括，是人们理性思维的结果，较为稳定	商法规范体现为大量的技术规范

3. 赵中孚先生主编的《商法通论》（第五版），以及王保树先生在谈到商事法的独立性问题时，均认为商法的基本特点是公、私法结合的法，其本质性质仍是私法。私法公法化在很大程度上表现在商法领域，即商事立法中越来越体现政府经济职权色彩和政府干预、调节个人与政府和社会间经济关系、维护社会公共利益的内容，这些内容体现了公法的明显属性。但私法公法化只表明公、私法的相互渗透，而绝不意味着相互取代。商法尽管有私法和公法的双重属性，但究其本质，仍属私法无疑。

随着现代经济的发展，为了商事交易的安全性、便捷性，兼顾商事交易主体、善意第三人、国家和社会利益的需要，以及商事交易国际化的要求，商事法逐渐具有明显的公法性。在商品经济的发展历程中，随着交换关系的范围和主题的不断开拓，交换出现了个体向群体发展的趋势，具体关系日渐为抽象关系所打破。传统商法的商人自治的私法机制无法满足这一变化的现实。因此，商法必然对自身作出合适的调整。在加强要式主义和严格责任的基础上，通过国家干预的形



式来弥补商人自治的不足,即“商事私法的公法化”。我国台湾地区著名学者李宜琛也认为:现代商法虽带有公法色彩或含有公法因素,但其本质仍属私法。强调商法的私法性质,是要突出商人的法律地位,使其在交易中有独立性、自主性和平等性。对商事交易活动进行适当引导和监管,最终仍是为了维护交易者的利益。强调“商法公法化”,将会模糊商法和经济法的界限。因此,笼统地说商法已经公法化是不准确的,也是不妥的。

4. 西方有学者指出,商法正在超越公法和私法之分而转化为经济法。也有西方学者视商法为经济法的核心与基础,经济法便成了商法的特别法。大陆法系国家的经济活动在传统上是由以民商法为核心的私法调整的,而私法公法化实际上就是商法的公法化。在这些国家里商法的概念与范围越来越模糊,调整经济的法律正处于分化与重组之中。原因主要是传统商法在相当程度上被“公法化”,同时许多新的商事法规和经济法规,如反垄断法、反不正当竞争法、中央银行及银行法、证券交易及其管理法等层出不穷。欧陆国家的一些商法学者希望用经济法来更新传统商法,使商法摆脱私法范畴。但这将严重扭曲商法作为私法的本质特点和传统形象。因此,稳健的商法学者把商法视为经济法的核心或基本法。这种倾向主张不必更新商法,也不必保留商法所有特征的同时把它改名为经济法。

商法公法化之后与经济法的关系日益密切,在基本原则和基本制度方面存在交叉,但二者又确实存在本质上的区别:

	商法	经济法
调整对象	商法主要的调整对象是个人(法人)与个人(法人)的利益关系	经济法的调整对象主要是社会经济生活中的市场主体与社会之间的关系(我国法学界认为经济法调整政府与经济主体的关系,这实际上是对政府作为社会利益代表的身份的曲解)
法律价值	商法中最高价值取向是效益,即效益至上,兼顾公平与其他	经济法一方面负有维持自由经济的使命,另一方面又负有规制市场竞争秩序的任务。显然,经济法追求的是双重性的价值目标——既追求自由、效益,又以秩序、公平为取向,较理性地实现社会整体的利益

续前表

	商法	经济法
法律本位	商法一般以个人和企业为本位	经济法不以国家、个人(法人)为本位。经济法主体是具体的社会化的主体,包括了工商业经营者及其联合体、消费者、劳动者等作为社会阶层和群体的主体,经济法常常被认为是以社会利益为本位的法

5. 商事交易的目标在于充分利用现有的资源以追求最大的经济效益,商品的流转客观上要求法律保障商品交易的快捷、迅速,其意义丝毫不亚于交易的公平。商法中保障交易的便捷原则主要体现为交易简便性。

(1) 相当一部分外国商法采用要式行为和文义行为方式,此类法律行为中的大部分内容通过强行法或推定法预先确定,仅将特殊部分的内容留待当事人约定。例如,对票据、提单、保险单、证券等采用标准化的文件,而商事买卖、租赁、借贷、承揽、居间等内容采取充分的意思自治。

(2) 定型化的交易规则,即交易形态的定型化和交易客体的定型化。交易形态的定型化是指商法通过强行法规则预先规定若干典型的交易,使交易的方式定型化。任何个人和组织可获得统一的法律效果。交易客体的定型化是指交易对象的商品化与证券化,使消费者易于识别不同类型的商品,从而促进交易的便捷。

(3) 短期时效主义。各国商法对商事契约的赔偿请求权多适用2年的短期消灭时效,对于票据请求权适用6个月甚至60天的短期消灭时效。这推动了商事交易纠纷的快速解决,但是以牺牲债权人的时效利益为代价,换取交易便捷的社会利益。

(4) 信息披露制度,主旨在于增强商事交易的透明度,如各种强制公示制度、众多的通知义务,在证券交易中更是明显。意思推定制度,主旨在于促进当事人相互间的信赖关系,如德国商法上的商业备忘录、商业通知书等,无因性制度,主旨在于将基础行为的效力与派生性行为分离。

(5) 另外抗辩事由(如代理、保证等)的分离也确保了商事交易的快捷。



## 论述题与深度思考题

关于民法与商法的关系在理论界一直存在着不同的看法，本质上说是民商合一或者民商分立的问题。民商分立是指民法和商法各为相互独立的、自成体系的法律部门；民商合一是指商法不单独构成一个法律部门，而是作为民法的特别法存在。在立法上也存在民商合一和民商分立两种立法体系。民商分立是大陆法系国家历史上形成的普遍法律现象，与欧洲各国的经济、文化以及政治有着密切的联系。民商合一是近现代出现的法律学说和法律实践，在欧洲大陆法系国家，民商合一学说的倡导和支持者并不多，民商合一的实践也只是少数国家的事。而在英美普通法系国家，没有法典化的传统，不存在民商合一或民商分立的问题。

民商合一或民商分立反映了立法者对于民法体系和商法体系的不同编纂技术，但运用何种编纂技术，都必须从问题的实质入手，所选择的立法体例应与其所反映的内容相一致。所以，民商立法例不仅仅是一个编纂技术问题：从理论上分析，反映的是民商关系深层次的逻辑问题；从社会发展的根基分析，体现的是社会政治、经济体制问题；从人们的思想观念看，也是一个如何对待传统文化的问题。毋庸置疑，民法和商法同属私法范畴，具有相容关系和类同的法律性质。在民商法关系的表述上，基本有三种观点：（1）商法是民法的特别法；（2）反对商法是民法的特别法的说法，但未提出新的见解；（3）民法和商事法规之间是基本法与补充基本法的单行法规之间的关系。以中国当前的实际情况为背景，还是应当强调商法的独立性，赋予商法以独立地位。

#### （1）商法具有独立的产生、发展历程

商法之所以具备独立发展的天性，根源于中世纪商法产生的历史机遇和深刻的经济、政治原因。商人阶级的产生和壮大，商人数量的迅猛增长，以至于形成了一种自治的社会共同体，为商人提出了作为独立阶层的要求创造了机会。在商业实践中和自治体的促动下，商人需要并建立了商法规则，商人阶级的规模发展得更加迅速，使各地的各种市场不断发展和扩大，交易实践逐渐将交易习俗演变为交易习惯法。

#### （2）商法具有独立的调整对象

在民法与商法的诸项价值目标中，最基本的价值取向是公平。当公平与其他民法原则发生冲突、矛盾时，民法首先选择公平，即在公平与其他民法原则的关系上是公平至上，兼顾效益与其他。在商法中最高的价值取向是效益，其基本立法要求是效益至上，兼顾公平与其他。商法源于商事实践，商事活动的复杂性、技术性、高风险性以及效率、营利等独特价值理念，使得商法很难被民法从精神到规则层面完全吸纳或包容。这既反映出民法的局限性，也奠定了商法独立性的基础。商法包含营利性和效率等独有的价值理念，公平原则虽为民商法所共有，但商法却赋予其新的内涵。传统民法系以个人本位为主，强调对私权和个人利益的维护，它仅仅是追求形式上的公平和机会上的平等，而不能从社会整体利益出发去追求实质的公平和平等。商法则更多地从社会利益出发解释公平，强调程序公平和实质的平等。而且商法具有其本身独特的规则，使其明晰地与民法区别开：

##### 1) 外观主义

民事行为主要为意思表示行为，追求表意人的真实意思以及行为或权利的真实面目，并由此决定民事行为的内容及其效力。商法强调保护交易安全、鼓励交易，关注社会公共利益。因而采用外观规则，即以交易当事人行为的外观为准，由此认定行为所生法律效果的规则，如果可识别为典型的权利或意思表示形式，即使该权利或者意思表示形式与真实的权利或意思状况不相符合，法律仍得通过权利或者意思的表示形式来推定权利或意思的基础，从而保护交易安全的做法。商法中的商事登记效力、表见商人、表见代表、表见代理、经理人制度、公司法上越权规则、票据法上票据文义性和无因性等，将外观规则深入具体制度层面。其成为社会公众及相对人对公示事项信赖的法律基础，体现商法关注交易安全、保障交易便捷的原则。

##### 2) 自治性

商法从产生伊始即具有明显的自治性，现代商法虽然把大多数成熟的习惯和惯例归纳在国内法中，但商事活动对灵活性和便捷性的要求仍为各种商事习惯和商事惯例的存在和发展留下了巨





大空间,例如行业自治规范、地区习惯、特定当事人间的习惯和商事主体章程等都随着商事交易的开展而日益丰富。《日本商法典》第1条和《美国统一商法典》均明确规定了习惯和惯例的法律地位。商事习惯和惯例是商业实践的结果,商人创造性的实践使商法也具有明显的自治性。

### 3) 营利性

追求营利是商人的本质属性,保护合法营业活动则是商法的重要使命,并使之相对独立于民法并形成独特的商事规则体系。营利性使得民法上“人”的含义发生了根本性变化,例如,在各国公司法所规定的各种程序中,发起人创设公司,旨在营利;公司从事营业活动,是为了营利;股东转让其所持有的股票,还是为了营利;非股东购买股票,也是为了营利。因此,确认营利、保护营利是商法对商事交易价值规律的客观反映。没有商主体对利润的孜孜追求,没有商法对营利行为的法律承认和切实保护,就不会有繁荣的市场经济,也就不会有人类物质文明和精神文明的进步。需要强调的是,商法承认和保障的营利必须是通过合法交易、正当手段,在遵守公认的商业道德的基础上所获得的经济收益和利润。

除此之外,民法与商法在产生基础、法律关系、法律的制约程度、归责原则等方面都存在区别。因此,民法与商法作为两个不同的法律部门,已为大多数大陆法系国家所接受。

应当看到无论是“民法商法化”的合一论,

还是“商法民法化”的合一论,在对待商品经济的基本认识上都采用简单化的模式,进而将农贸市场上发生的交易和现代化的期货交易所中进行的交易相等同。必须看到,适应简单商品经济的法律制度,对高度发达的商品经济关系来说,已经失去了积极意义;而适应高度发达的商品经济关系的法律制度,对于简单商品经济来说,也有不能适应的问题。

### (3) 商法独立有其必要性

随着改革开放的进一步深化,市场经济日益暴露了其本身所固有的缺陷,因此需要通过经济的手段、法律的手段和行政措施来实现宏观调控。而民法、商法、经济法作为市场经济的法律都在发挥着举足轻重的作用,三者的作用是不可相互取代的。民法规范与商法规范,作为市场规范中配置资源的形式,其作用是不同的。周林彬先生认为,民法规范可以作为市场规范配置资源的互补形式,而商法规范则为市场规范配置资源的替代形式。从发展而言,商法具有不同于民法的发展历程;就调整对象而言,商法有其独立的调整对象;自商法在市场经济中所发挥作用角度而言,商法独立,有其必要性。

同时,世界各个国家和地区的商法典为我国商事通则作出了很好的范例,从中去粗取精,再和中国的本土情况紧密地结合在一起,将为我国经济的迅速发展奠定更加坚实的基础。

